

Giovanni Moglia

**La speciale responsabilità delle autorità di concorrenza
nell'accertamento dell'abuso di posizione dominante**

Firenze, 8 giugno 2023

Le decisioni delle Autorità antitrust hanno una rilevanza enorme, non solo sull'impresa dominante, ma sul funzionamento e sulla struttura del mercato con ricadute sugli investimenti, sui concorrenti e sui consumatori. Quindi accanto alla speciale responsabilità dell'impresa dominante vi è una speciale responsabilità delle Autorità antitrust verso il corretto funzionamento del mercato.

Decisioni sbagliate dell'antitrust possono distorcere in maniera anche irreparabile il mercato, così come mancati interventi possono lasciare il mercato in balia di comportamenti distorsivi della società monopolista o in posizione dominante. Dobbiamo pertanto chiederci come vada gestita la speciale responsabilità delle Autorità per un *enforcement* dell'art. 102 TFEU che sia efficace e proporzionato.

E' evidente che vengono al riguardo alla mente le regole che presiedono alla fase di accertamento istruttorio ed in particolare quelle che sono volte ad assicurare un esteso contraddittorio nella fase decisionale. Ma il tema riguarda non soltanto il rispetto formale delle procedure, più volte indagato dai giuristi, quanto soprattutto che il contraddittorio sia rispettato nella sostanza, sia davvero un momento dialettico che aiuti la migliore comprensione dei meccanismi di mercato.

Per ottenere tale risultato è necessario che il contraddittorio abbia come perno una logica e stringente analisi economica. Badate, non è solo il tema di garantire alla società sottoposta ad indagine antitrust una concreta possibilità di difesa, ma di assicurare un esercizio corretto ed efficace del potere antitrust.

In questo senso, è benvenuto il fatto che nella revisione della Guidance sulle priorità di *enforcement* si ribadisca l'importanza centrale delle evidenze economiche, in linea con quanto statuito da un numero rilevante di sentenze che negli anni ha richiesto di adottare un approccio basato sugli effetti nell'analisi delle condotte potenzialmente escludenti (es. Post Denmark, Intel).

Troppo spesso si assiste, al contrario, a procedimenti la cui argomentazione è basata più su una retorica argomentativa piuttosto che su logiche deduzioni analitiche basate su dati e fatti verificati. E' quanto lamenta ad esempio il CDS nella recente sentenza riguardo al procedimento A 513- (ACEA/Condotte anticoncorrenziali) con cui si cassa la decisione antitrust proprio perché basata su considerazioni apodittiche invece di una analisi sugli effetti della politica di marketing effettivamente realizzata dall'impresa e non su quella prospettata in un primo momento dalla azienda stessa.

E' stato peraltro proprio il dibattito sulla necessità di allontanarsi da un'applicazione formalistica dell'antitrust che aveva portato nel 2009 all'adozione della prima Guidance, che ha formalizzato l'applicazione del "*more economic approach*" anche in relazione all'art. 102 (come era

avvenuto per l'art. 101, con l'adozione delle guidelines e dei regolamenti di esenzione).

Ci si aspettava, adesso, che le nuove linee guida continuassero il percorso, riconoscendo il valore che la Corte di Giustizia ha nel tempo dato all'*enforcement* basato sugli effetti. E quindi chiarendo, come fatto dalla giurisprudenza, che rientra nel diritto di essere ascoltato anche il fatto che "la produzione, nel corso del procedimento, di prove idonee a dimostrare l'inidoneità a produrre effetti restrittivi fa sorgere l'obbligo, per detta autorità garante della concorrenza, di esaminarle ... con cura e imparzialità" (sent. Unilever, § 54).

Purtroppo, in contraddizione con la formale conferma dell'approccio basato sugli effetti, il nuovo atto sembra nei fatti introdurre un pericoloso e troppo elevato livello di discrezionalità per le Autorità, con un ridimensionamento dei test economici che contraddice uno dei capisaldi dell'antitrust, più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, ovvero che la *competition law* deve proteggere la concorrenza, non i concorrenti.

In particolare preoccupano due aspetti: il ridimensionamento del ruolo dell'As Efficient Competitor test e l'eliminazione del riferimento alla profittabilità della condotta.

Nella nuova Guidance leggiamo infatti che la Commissione riconosce che in certe circostanze anche "*un concorrente meno efficiente potrebbe*

esercitare un vincolo da considerare nel valutare se una condotta basata sul prezzo possa portare ad una foreclosure anticompetitiva”.

A supporto di tale affermazione, la Guidance riporta il riferimento a due recenti pronunce della Corte di Giustizia (Post Denmark e Unilever). Si tratta di due *preliminary rulings*, dai quali ci aspetteremmo un’identificazione delle “circostanze” in cui un concorrente meno efficiente può esercitare una pressione competitiva. Ma le sentenze richiamate non consentono di identificare tali circostanze e forniscono l’impressione che, più che l’affermazione di un criterio generale, l’orientamento della Corte ponga in luce come il discostarsi dall’As Efficient Competitor test sia dovuto a circostanze che, in via di eccezione, fanno sì che il test stesso risulti inconferente.

Ciò è particolarmente evidente nella sentenza Post Denmark, in cui la deroga alla verifica dell’As Efficient Competitor test è motivata dal fatto che l’operatore dominante detiene il monopolio legale sul 70% del mercato. In ragione di ciò la Corte valuta che *“la struttura del mercato rende praticamente impossibile la comparsa di un concorrente altrettanto efficiente”*. Non sembra pertanto corretta la generalizzazione del principio stabilito dalla Corte risultante dalla Guidance. Si tratta evidentemente di un’eccezione invocabile in casi particolari, definiti con precisione dalla Corte come quei casi in cui la presenza un concorrente altrettanto efficiente non è, neppure astrattamente, configurabile. Parlare al contrario genericamente di “certe circostanze” introduce un elemento pericolosamente arbitrario e di poca chiarezza. Mentre il ragionamento della Corte era cristallino e

lo potremmo così semplificare: se non è possibile l'esistenza, neppure astratta, di un concorrente altrettanto efficiente, è evidente che l'As Efficient Competitor test (per usare le parole della Corte) è inconferente.

Anche il caso Unilever, in cui tra l'altro l'abuso consiste in prassi non tariffarie, non pare il migliore terreno di elezione per stabilire una prassi in merito all'utilizzo o meno del test in questione.

Ancora riguardo al pericolo che si corre col ridimensionamento del test, vorrei sottolineare come uno degli errori più frequenti dell'antitrust è proprio quello di difendere il concorrente in quanto tale, anche se inefficiente. Si pensi, ad esempio nel mercato delle Telecomunicazioni, al fatto che il test applicato da AGCM per stabilire un *margin squeeze* prenda a riferimento i costi, non dell'impresa con un certo grado di infrastruttura, quindi, ma di quella non infrastrutturata, con questo imponendo un modello di mercato in cui convivono anche operatori che hanno fatto scelte subottimali a livello di investimenti.

Una tale giurisprudenza dell'Autorità produce una protezione eccessiva che danneggia non solo il dominante, ma anche quei concorrenti che hanno investito nell'infrastruttura. Si impone, così, una sorta di "*reddito di concorrenza*" che distorce il mercato a danno ultimo dei consumatori. Capisco che a questo argomento si potrebbe obiettare che per infrastrutturarsi i concorrenti debbano prima entrare nel mercato, ma mi chiedo se questa obiezione vale anche dopo venticinque

anni? Ed in un mercato competitivo in cui altri operatori si sono a loro volta infrastrutturati con successo?

La mia lettura è che l'As Efficient Competitor test, in mercati in cui vi è un certo grado di concorrenza, dovrebbe essere considerato come uno dei criteri fondamentali per stabilire se un comportamento sia o meno funzionale all'esplicitarsi di una fisiologica concorrenza. Infatti, come ha statuito Corte di Giustizia del 12/5/2022, "Servizio Elettrico Nazionale e Altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato": *"Invero, non tutti gli effetti escludenti pregiudicano necessariamente la concorrenza, poiché, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione"*.

Un secondo aspetto preoccupante, come detto, riguarda la profittabilità della condotta.

L'analisi economica di questo aspetto è dal punto di vista delle aziende fondamentale: possiamo condividere infatti che nessuna azienda in posizione dominante avrebbe un incentivo a mettere in atto una condotta illecita se quest'ultima non fosse, almeno potenzialmente, in grado di assicurare un vantaggio competitivo non ottenibile altrimenti.

E non è neppure il caso di scomodare il principio generale stabilito dall'art. 49, comma 2 del Codice Penale (relativa al reato impossibile): “La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso”. E' infatti ricavabile da tale norma la necessità di una valutazione, al fine di verificare se l'azione (condotta) sia idonea a procurare un evento dannoso, o anche solo pericoloso.

Nell'analogia con il diritto antitrust, ciò porta a confermare la necessità dell'analisi – in questo caso economica – della fattispecie, al fine di verificare l'effettiva lesività (e/o pericolosità nel caso in cui gli eventi conseguenti non si siano ancora verificati) del comportamento tenuto dall'impresa dominante. A cosa condurrebbe una valutazione basata esclusivamente, ad esempio, sugli intenti dell'impresa? A conclusioni potenzialmente fuorvianti, in quanto l'Autorità “delegherebbe” in toto la sussistenza della fattispecie lesiva alla indagine psicologica (magari provata tramite comunicazioni interne all'azienda).

Sappiamo tutti che se si guarda ad affermazioni muscolari di AD con eccesso ormonale, le Autorità dovrebbero aprire decine di casi all'anno. Se questo non avviene è proprio perché l'antitrust deve evitare distorsioni sul mercato e non intraprendere processi alle intenzioni o ai desideri palesati o meno. Ma è successo (e succede) che, se scarseggiano elementi probatori, le Autorità si aggrappano alle parole, facendone talvolta il perno di casi senza alcuna solida base fattuale.

Limitare la necessità della profittabilità della condotta rende non solo l'iniziativa dell'Autorità antitrust potenzialmente non proporzionata, ma del tutto discrezionale.

Mi auspicherei che la Commissione, nel suo ruolo di guida nell'applicazione dell'art. 102, desse indicazioni per fare in modo che questi comportamenti delle Autorità diventino più difficili. In questo senso, trovo sia anche importante che si rafforzi la cooperazione tra Autorità nazionali e Commissione, oggi poco efficace, come dimostra appunto la "creatività" di alcuni *cas*, magari attraverso una *revisione del regolamento n. 1/2003*.

Non voglio però sembrare troppo sprovveduto, e capisco perfettamente che questo parziale passo indietro delle linee guida nasce dalla preoccupazione politica della Commissione di non riuscire ad intervenire efficacemente in mercati le cui dinamiche competitive non sono ancora totalmente chiare e gli abusi si sono rilevati più difficili da provare: mi riferisco naturalmente ai mercati digitali. Tuttavia, tali difficoltà di *enforcement* dovrebbero portare da un lato a dotarsi di strumenti economici più sofisticati, non ad un loro ridimensionamento, e dall'altro ad indicazioni giuridiche più precise su casistiche specifiche.

Mi sembra vada in questa direzione il bel lavoro della Commissione sulla *revisione della Market Definition Notice* (che dovrebbe essere adottata nel 3Q23) in cui sono stati aggiunti una serie di elementi di dettaglio per la valutazione, ad esempio, degli ecosistemi digitali, dove il prezzo non può certamente più rappresentare l'elemento centrale di

analisi, ma entrano in gioco altri fattori come il possesso di grandi quantità di dati o la sussistenza di significativi effetti di rete.

Auspico che la Commissione vada anche per le Guidelines sull'art. 102 nella direzione di dettagliare le modalità di *enforcement* e di identificare con precisione, nei limiti del possibile, "*le specifiche circostanze*" a cui si può far ricorso per disapplicare alcune delle condizioni o dei test normalmente previsti.

In conclusione, fatemi dire che per intervenire in maniera efficiente contro possibili abusi anche nei mercati digitali abbiamo bisogno di un supplemento di analisi economica e di approcci che ci permettano di capire meglio i differenti mercati e di affinare di conseguenza i divieti antitrust, piuttosto che di tornare al passato ad una applicazione formalistica della normativa.

